

Piotr Pająk

Czy dojdzie do zmiany linii orzeczniczej dotyczącej wykorzystania dowodowego materiałów operacyjnych?

Na przestrzeni ostatnich lat kwestie związane z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi coraz częściej znajdują odbicie w orzecznictwie. Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii poruszanych w judykatach Sądu Najwyższego (SN) jest wykorzystywanie owoców pracy operacyjnej jako dowodów w postępowaniu karnym. Obecnie wykrystalizowana linia orzecznicza w tym zakresie może ulec poważnej zmianie. Przed SN zawisło bowiem zagadnienie prawne, które wyłoniło się w toku rozpoznania kasacji i na zasadzie art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym¹ zostanie rozpoznane przez skład siedmiu sędziów. Pytanie sformułowane w postanowieniu brzmi następująco: „Czy do dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego w rozumieniu art. 17 ust. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, należą dowody uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzonej postanowieniem Sądu Okręgowego w W. w trybie art. 17 ust. 2 tej ustawy, prowadzonej w sposób zgodny z treścią tego postanowienia, wskazujące na popełnienie przez każdą osobę każdego z przestępstw wymienionych w art. 17 ust. 1 ustawy?”. Treść uzasadnienia postanowienia o przekazaniu sprawy powiększonemu składowi wskazuje, że sędziowie podejmujący tę decyzję nie zgadzają się z dotychczasową praktyką.

Przed przejściem do rozważań nad odpowiedzią na powyższe pytanie za zasadne uważam przesłedzenie ewolucji odpowiednich uregulowań i poglądów dotyczących ich wykładni.

* * *

¹ Dz.U. Nr 240, poz. 2052.

Możliwość wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej pojawiła się po raz pierwszy w 2001 r. wraz z wejściem w życie ustawy o Żandarmerii Wojskowej² (ŻW) i nowelizacji ustaw o Policji³ i Straży Granicznej⁴ (SG). Dokonana została mała rewolucja przez wprowadzenie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, art. 9e ust. 16 ustawy o SG i art. 31 ust. 16 ustawy o ŻW. Zgodnie z każdym z tych przepisów „w przypadkach uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego odpowiedni organ przekazuje właściwemu prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio przepisy art. 393 § 1 zd. pierwsze kodeksu postępowania karnego”. Wzorując się na powyższych przepisach ustawodawca wprowadził w następnych latach uprawnienia do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych dla kolejnych służb, zawierające analogiczne regulacje. Uprawnienia takie otrzymały: Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁵ (ABW), Centralne Biuro Antykorupcyjne⁶ (CBA) i Służba Kontrwywiadu Wojskowego⁷ (SKW). Dalsze rozważania prowadzone będą w oparciu o przepisy ustawy o Policji, zachowując jednak pełną aktualność na gruncie wszystkich wymienionych ustaw.

Wykładnia powyższych uregulowań nastroczała wielu problemów. Nie było i, jak wynika z treści zagadnienia prawnego, nadal nie jest jasne o jakich dowodach mowa jest we wspomnianych przepisach i w jakim zakresie mogą być one wykorzystane w postępowaniu karnym. Próbą rozstrzygnięcia tych sporów była wykładnia zaproponowana przez SN w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r.⁸ Sąd Najwyższy mimo decyzji o odmowie podjęcia

² Ustawa z dn. 24 VIII 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. Nr 123, poz. 1353.

³ Ustawa z dn. 27 VII 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy – Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną, Dz.U. Nr 100, poz. 1084.

⁴ Ustawa z dn. 11 IV 2001 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 45, poz. 498.

⁵ Art. 27 ust. 15 ustawy z dn. 24 V 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz.U. Nr 74, poz. 676.

⁶ Art. 17 ust. 15 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz.U. Nr 104, poz. 708.

⁷ Art. 31 ust. 14 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. Nr 104, poz. 709.

⁸ I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37.

uchwały zdecydował się na przedstawienie obszernych rozważań dotyczących wykorzystania przed sądem materiałów operacyjnych. Niżej postaram się streścić argumentację zawartą w tym orzeczeniu.

Wskazywano zatem, że art. 19 ust. 1 ustawy o Policji zawiera zamknięty katalog przestępstw, zapobieganie którym, uzyskiwanie i utrwalanie dowodów, wykrywanie sprawców upoważnia do wszczęcia za zgodą sądu kontroli operacyjnej. Opierając się na wykładni literalnej art. 19 ust. 15 ustawy o Policji uznawano, że mowa w nim o dowodach pozwalających na wszczęcie postępowania karnego dotyczących każdego przestępstwa. Sąd Najwyższy zauważał, że dyrektywa preferencji wykładni językowej nie pozwala na całkowite ignorowanie wykładni systemowej lub funkcjonalnej. Mając na uwadze powyższe wskazywano, że art. 19 ust. 15 ustawy o Policji nie ma charakteru samoistnej normy kompetencyjnej i jest przyporządkowany art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, który ma charakter ramowy i odnosi się do wszystkich ustępów tego artykułu. Na uzasadnienie tych twierdzeń przywołano próby restrykcyjnej wykładni językowej innych ustępów art. 19, które prowadziły do rezultatów sprzecznych z założeniem racjonalności ustawodawcy. Wykładnia taka mogłaby też prowadzić do nadużyć polegających na prowadzeniu kontroli operacyjnej w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa „pozakatalogowego”, powołując się na podejrzenie któregoś z przestępstw „katalogowych”.

Ponadto SN zwracał uwagę, że w przypadkach przepisów wkraczających w prawa i wolności obywateli, przekroczenie granic wykładni językowej w celu ochrony tych wartości jest uzasadnione zasadą wykładni zgodnej z Konstytucją. W tym przypadku szczególnie istotnym wzorcem jest zasada proporcjonalności określona w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Interpretacja literalna doprowadza również do możliwości zachowania i wykorzystania materiałów, które nie mieszczą się w granicach dopuszczalności kontroli operacyjnej i prowadzi do sprzeczności z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Oznacza bowiem możliwość zachowania materiałów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, mimo konstytucyjnego prawa do żądania usunięcia takich materiałów. Skoro wykluczona jest możliwość wydania zgody przez sąd na prowadzenie kontroli operacyjnej w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstw „pozakatalogowych”, to nie można domniemywać, że zgoda wydana co do przestępstw „katalogowych” legalizuje gromadzenie jakichkolwiek informacji. Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają poza jej zakres dopuszczalności, są zbierane w sposób sprzeczny z ustawą. Gwarancją konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4 Konstytucji jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, przewidujący obliga-

toryjne zniszczenie materiałów „niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego”.

W tej mierze odwołano się również do wyroku Trybunału Konstytucyjnego (TK) z 12 grudnia 2005 r.⁹ W orzeczeniu tym stwierdzono, opierając się m.in. na treści art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC), że „eksces polegający na tym, że przy okazji zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności”. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że twierdzenie to dotyczy materiałów operacyjnych dotyczących przestępstw innych niż określone w katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Zdaniem SN, wyraźne uregulowanie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji powoduje, że nie można zastosować art. 19 ust. 17 i zarządzić zniszczenia materiałów zawierających dowody na popełnienie przestępstwa „pozakatalogowego”. Jednak wykorzystanie takich materiałów nie jest również możliwe z wymienionych wyżej względów. Jest to jedyny sposób na zagwarantowanie realizacji celów określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji oraz konstytucyjnego prawa do autonomii informacyjnej.

Sąd Najwyższy za TK stwierdza, że kontrola sądowa czynności operacyjno-rozpoznawczych jest szczególnie ważną przesłanką konstytucyjnego usprawiedliwienia wkroczenia w sferę praw i wolności obywatelskich. Cel deklarowany przy uzyskaniu legalizacji operacji wyznacza ramy jej legalności, ale też utrudnia manipulację tymi celami. Natomiast w przypadku gromadzenia materiałów dotyczących przestępstw innych niż te wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji brak jest jakichkolwiek procedur kontrolnych.

Powyższe rozważania SN sprowadza następnie do konstytucyjnej zasady proporcjonalności. W tym przypadku ma ona rozstrzygać konflikt między bezpieczeństwem publicznym i porządkiem powszechnym a poszanowaniem praw i wolności obywatelskich. Wychodząc z tego założenia SN stwierdza, że konieczna jest taka wykładnia, która pozwoli na wykorzystanie materiałów dotyczących jedynie przestępstw znajdujących się w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Interpretacja ta zachowuje bowiem zarówno zasadę wolności i praw obywatelskich, jak i bezpieczeństwa publicznego i pozwala osiągnąć cel regulacji przy najmniejszym ograniczeniu praw i wolności. Sąd Najwyższy przypomina także, iż TK podkreślał,

⁹ K 32/04, OTK A 2005, nr 11, poz. 132.

że w demokratycznym państwie prawa nie jest konieczne przechowywanie informacji na temat obywateli, uzyskanych w toku czynności operacyjnych, ze względu na ich potencjalną przydatność. Uzyskiwanie i gromadzenie informacji wykraczających poza zakres art. 19 ust. 1 ustawy o Policji stanowiłoby tego rodzaju nadużycie.

Również wykładnia powyższego przepisu w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), zgodnie z którym konieczne jest ustalenie w przypadku jakich przestępstw możliwe jest stosowanie kontroli operacyjnej wskazuje, że niemożliwe jest dowodowe wykorzystywanie materiałów dotyczących innych przestępstw. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadzi do zanegowania zakresu możliwości stosowania tej metody określonego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Wszystkie powyższe rozważania prowadzą do przyjęcia przez SN tezy I postanowienia, zgodnie z którą, przez określone „uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego” w art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, należy rozumieć jedynie dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Następna teza SN dotyczyła sytuacji odmiennych. Pierwsza polegała na tym, że w czasie trwania kontroli operacyjnej zebrano dowody na popełnienie przestępstwa wymienionego w katalogu określonym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, ale popełnionego przez inną osobę niż ta, wobec której wydano zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej. Druga dotyczyła sytuacji, w której zebrano dowody na popełnienie przestępstwa „katalogowego”, ale innego niż to, z powodu którego wydano zgodę na prowadzenie inwigilacji.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na art. 19 ust. 7 ustawy o Policji, określający elementy jakie powinien zawierać wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej. Zgodnie z pkt. 2 przepisu powinno to być określenie przestępstwa wraz z kwalifikacją prawną. Zgodnie z pkt. 4, wniosek powinien również zawierać dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego będzie stosowana kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania. Mimo iż brak jest przepisu wskazującego na treść postanowienia sądu w przedmiocie wyrażenia zgody na stosowanie kontroli operacyjnej, to, zdaniem SN, powinno się ją ustalić na podstawie art. 19 ust. 1, jak i właśnie art. 19 ust. 7 ustawy o Policji. Postanowienie takie powinno zatem określać osobę, wobec której stosowana będzie kontrola, i przestępstwo, co do którego poszukiwane są dowody. Wymóg ten jednak, zdaniem SN, podyktowany jest jedynie koniecznością możliwie jak najprecyzyjniejszego określenie granic

podmiotowo-przedmiotowych kontroli operacyjnej w celu uniemożliwienia nadużyć. Ostatecznie zatem SN przyjmuje, że ograniczenie możliwości bezpośredniego wykorzystania dowodowego materiałów z kontroli operacyjnej wynika wyłącznie z unormowania art. 19 ust. 1, a nie z art. 19 ust. 7 ustawy o Policji.

O legalności kontroli operacyjnej nie decyduje jednak tylko przynależność przestępstwa do katalogu z ustawy o Policji, a fakt wyrażenia zgody sądu na jej prowadzenie. Tym samym, aby dowody na popełnienie przestępstw należących do katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, ale zebranych wobec innej osoby lub innego przestępstwa tej samej osoby mogły być wykorzystane w sądzie, konieczne jest wyrażenie następcej zgody sądu. Sąd Najwyższy dla przykładu podaje, że taka zgoda wcale nie musi być wyrażona, gdyż sąd może dojść do wniosku, że nie został spełniony wymóg subsydiarności i możliwe jest dowodzenie danej okoliczności innymi środkami dowodowymi. Dlatego też, skoro ustawodawca przewidział szczególną procedurę następcej zgody określoną w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, przewidzianą dla przypadków niecierpiących zwłoki, to można ją wykorzystywać także w tego rodzaju przypadkach na zasadzie odpowiedniego stosowania. Ta konstatacja stanowiła tezę II postanowienia.

Powyższe orzeczenie spotkało się ze zróżnicowaną oceną piśmiennictwa. Mimo iż przeważały głosy i komentarze aprobujące, wskazywano na bardzo wiele mankamentów takiego rozwiązania.

Teza pierwsza postanowienia została dość powszechnie zaakceptowana¹⁰. Nieliczne głosy wskazywały, że nie ma powodów do odchodzenia od wykładni językowej art. 19 ust. 15 ustawy o Policji¹¹. W rezultacie powinno się przekazywać prokuratorowi materiały operacyjne dotyczące każdego przestępstwa – nie tylko określonego w art. 19 ust. 1. Inna interpretacja byłaby sprzeczna z zasadą legalizmu.

O wiele bardziej kontrowersyjna w ocenie piśmiennictwa była teza druga. Nieliczni autorzy zaakceptowali ją bez zastrzeżeń¹². Przede wszystkim

¹⁰ Por. głosy do postanowienia SN z 26 IV 2007 r., I KZP 6/07: S. H o c, „Ius Novum” 2007, nr 2/3, s. 142; A. L a c h, B. S i t k i e w i c z, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 146; R. S i g n e r s k i, LEX 2007, nr 62319; J. S k o r u p k a, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2, s. 140; K. G r z e g o r c z y k, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 4, s. 154; D. S z u m i ł o - K u l c z y c k a, „Palestra” 2008, nr 9/10, s. 132; L. S t r y j e w s k i, „Prokurator” 2009, nr 3/4, s. 118; a także D. D r a j e w i c z, *Zgoda następca sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 1, s. 87.

¹¹ M.G. W ę g ł o w s k i, Głos do postanowienia SN z 26 IV 2007 r., I KZP 6/07, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 2, s. 156.

¹² S. H o c, *op. cit.*; R. S i g n e r s k i, *op. cit.*

podnoszono, iż teza ta ma charakter prawotwórczy¹³. Obecne przepisy prawne nie dają bowiem możliwości stosowania art. 19 ust. 3 ustawy o Policji odpowiednio do sytuacji opisanych w tezie II. Nie istnieje również luka prawna, pozwalająca na zastosowanie w tej mierze analogii.

Autorzy, którzy doszli do tych wniosków podnosili, że skoro konstrukcja zgody następcej jest niezasadna, możliwe są dwa rozwiązania. Albo materiały co do innej osoby, albo innego przestępstwa, ale mieszczącego się w katalogu z art. 19 ust. 1 można wykorzystać bez zgody następcej sądu, albo w ogóle. Część autorów opowiedziała się za tym pierwszym rozwiązaniem argumentując, że wszystkie zebrane w toku legalnie zarządzanej kontroli materiały są legalne¹⁴. Wskazano także, że ograniczenie zakresu wykorzystania dowodów przez katalog z art. 19 ust. 1 jest wystarczające z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Podnoszono również, że cele określone w postanowieniu o wyrażeniu zgody na kontrolę operacyjną mają zapobiec manipulacjom. W tej z kolei sytuacji możliwość manipulacji jest dyskusyjna¹⁵. Autorzy, którzy opowiedzieli się za drugim rozwiązaniem wskazywali, że wykorzystywanie materiałów operacyjnych dotyczących każdego przestępstwa „katalogowego” niezależnie od treści postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej również nie znajduje odbicia w przepisach ustawy¹⁶.

Dla wzmocnienia argumentacji o niemożności stosowania zgody następcej lub też jako zastrzeżenie przy akceptacji tej tezy wskazywano na trudności z odpowiednim stosowaniem art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Przepis ten nie przystaje bowiem do celów do jakich próbuje go zaprząć SN. Nie wiadomo np. od jakiego momentu należałoby liczyć określony w nim termin 5-dniowy czy też jaka miałyby być podstawa prawna postanowienia o wydaniu zgody następcej¹⁷. Podnoszono, że możliwe byłoby wykorzystanie jedynie materiałów zebranych na 5 dni przed wydaniem zgody następcej¹⁸. W innej opinii wskazywano także, że spełnienie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie jest koniecznym wymogiem jego odpowiedniego stosowania¹⁹. Spełnienie ich w takiej konfiguracji powoduje

¹³ A. Lach, B. Sitkiewicz, *op. cit.*; J. Skorupka, *op. cit.*; M.G. Węglowski, *op. cit.*

¹⁴ A. Lach, B. Sitkiewicz, *op. cit.*; M.G. Węglowski, *op. cit.*

¹⁵ A. Lach, B. Sitkiewicz, *op. cit.*

¹⁶ K. Grzegorzczak, *op. cit.*

¹⁷ A. Lach, B. Sitkiewicz, *op. cit.*; J. Skorupka, *op. cit.*

¹⁸ D. Szumiało-Kulczycka, *op. cit.*

¹⁹ L. Stryjewski, *op. cit.*; D. Drajewicz, *op. cit.*

bardzo poważne zawężenie możliwości stosowania zgody następcej. Na tej podstawie często formułowano postulaty *de lege ferenda* wprowadzenia odpowiedniej konstrukcji zgody następcej przewidzianej dla takich sytuacji²⁰.

Postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r. było zatem komentowane bardzo szeroko i niejednoznacznie zarazem. Orzecznictwo w tej materii było do tej pory bardziej konsekwentne. Sądy przyjęły bez zastrzeżeń tezę omawianego judykatu²¹. Zagadnienie jakie zawisło przed SN może zatem dokonać istotnej wolty w dotychczasowej linii orzeczniczej. Trzeba zatem ocenić argumentację SN wyrażoną w postanowieniu o przekazaniu zagadnienia prawnego do rozpoznania powiększonemu składowi tego sądu.

Stan faktyczny w jakim wyłoniło się przytoczone na wstępie pytanie jest idealną egzemplifikacją jednego z wariantów tezy II postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. Sąd pierwszej instancji skazał Ryszarda G. za przestępstwo określone w art. 230 § 1 k.k., a Tadeusza R. i Lecha W. uniewinnił odpowiednio od zarzutów z art. 229 § 3 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 229 § 3 k.k. Podstawą skazania Ryszarda G. były nagrania rozmów telefonicznych z kontroli operacyjnej, z których wynikało, że podjął się on pośrednictwa w uzyskaniu decyzji administracyjnej w zamian za korzyść majątkową od Tadeusza R. za pośrednictwem Lecha W. Sąd Rejonowy uznał, że kontrola operacyjna została zarządzona jedynie wobec Ryszarda G. Powołując się na tezę II omawianego postanowienia SN uznał, że nagrania obciążające również pozostałych oskarżonych nie mogą zostać wykorzystane jako dowód w sprawie. Jako że były to jedyne dowody ich winy, naturalną konsekwencją takiego stanowiska było ich uniewinnienie.

Najpierw w apelacji a później kasacji prokuratorskiej poddano krytyce wykładnię art. 19 ust. 15 ustawy o Policji zaproponowaną w omawianym postanowieniu. Podniesiono, że obowiązująca procedura karna nie zna legalnej teorii dowodów. Przede wszystkim jednak wskazywano także, że konstrukcja zgody następcej sądu na prowadzenie kontroli operacyjnej wywiedziona przez SN jest przekroczeniem granicy wykładni prawa.

²⁰ K. Grzegorzcyk, *op. cit.*; D. Szumiało - Kulczycka, *op. cit.*; D. Drajewicz, *op. cit.*

²¹ Por. postanowienie SN z 30 XI 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37; postanowienie SA w Warszawie z 12 V 2008 r., II APKzPF 19/08, OSA 2009, nr 3, poz. 9; postanowienie SA w Warszawie z 12 V 2008 r., II APKzPF 2/08, KZS 2009, z. 9, poz. 106; postanowienie SA w Krakowie z 6 XI 2007 r., II AKz 528/07, KZS 2008, z. 1, poz. 75; postanowienie SA w Warszawie z 18 V 2007 r., II AKz 288/07, KZS 2007, z. 7/8, poz. 111; wyrok SA w Warszawie z 24 I 2008 r., II AKa 405/07, KZS 2009, z. 9, poz. 76.

Sąd Najwyższy przedstawił szereg wątpliwości związanych z tezą II omawianego postanowienia. Przede wszystkim zarzucił niepodanie podstawy normatywnej wydawania zgody następcej. Wskazywał, że do odpowiedniego stosowania art. 19 ust. 3 ustawy o Policji konieczna jest wyraźna regulacja ustawowa lub stwierdzenie luki prawnej. W komentowanych przepisach nie zachodzi żadna z tych sytuacji. W szczególności luka dostrzeżona przez SN ma charakter aksjologiczny, a wypełnienie takowej należy do ustawodawcy.

Poza tym art. 19 ust. 3 ustawy o Policji w ogóle nie przystaje do tezy postanowienia. Jak stwierdził SN, zgoda następca polega bowiem na zarządzeniu kontroli operacyjnej w zmodyfikowany sposób, a nie na legalizowaniu wyników wcześniej zarządzanej kontroli operacyjnej. Nie wiadomo również jak miałyby być liczony termin 5-dniowy. Jeśli od uzyskania każdego nowego dowodu, byłoby to zbyt pracochłonne. Liczenie terminu od końca kontroli operacyjnej z kolei pozbawiałoby postanowienia o zarządzeniu kontroli gwarancyjnego sensu.

Sąd Najwyższy wskazuje, że orzekanie o zgodzie – czy to uprzedniej, czy następcej następuje z punktu widzenia *ex ante*. Krytykowana konstrukcja powoduje, że sąd orzekałby o zgodzie na prowadzenie kontroli operacyjnej na podstawie samych materiałów już zebranych w toku tej kontroli. Ocena przesłanek do wydania zgody nie zakłada wartościowania materiałów operacyjnych.

Ponadto wskazano, że określone postanowieniem o wyrażeniu zgody na kontrolę operacyjną granice podmiotowo-przedmiotowe tej czynności nie powinny być pojmowane tak wąsko. Podkreśla, że wnioski o stosowanie kontroli wpływają na etapie przedprocesowym, gdzie nie ma jeszcze sprecyzowanych ram ewentualnego postępowania karnego. Nie wymaga się precyzowania we wniosku tego, co zdaniem SN wyznacza granice kontroli operacyjnej. Brzmienie przepisów zakłada, że na tym etapie nie zawsze wiadomo, jakich informacji się poszukuje i dlatego podaje się jedynie dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu. Również kwalifikację czynu podaje się jedynie w miarę możliwości. Chociaż akurat ten ostatni warunek jest jednak konieczny, gdyż bez oceny czy dane przestępstwo należy do katalogu z art. 19 ust. 1 nie jest możliwe wydanie żadnej zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej. Sąd Najwyższy podnosi, że prognoza co do wykrycia przestępstwa i sprawcy nie ogranicza legalnego zasięgu kontroli. Ma ona jednak przebiegać w sposób zgodny z treścią sądowego postanowienia.

Powyższe ma wskazywać na brak racjonalizacji wprowadzania zgody

następczej na prowadzenie kontroli operacyjnej w sytuacji, gdy uzyskano dowody na popełnienie innego przestępstwa lub przez inną osobę. Sąd ma prawo i obowiązek wydać zgodę na prowadzenie inwigilacji. Dalej idącej kompetencji ustawodawca nie przewidział.

Wykorzystanie dowodów zebranych w trakcie prawidłowo zarządzanej kontroli operacyjnej nie narusza Konstytucji, jeśli tylko dotyczy przestępstw „katalogowych”. O ile bowiem kontrola jest prowadzona zgodnie z postanowieniem sądu, to materiały w toku niej zdobyte nie mogą zostać uznane za zebrane sprzecznie z ustawą. Taką tezę, zdaniem występujących o rozstrzygnięcie zagadnienia, potwierdził TK w wyroku z 12 grudnia 2005 r.²² Podniesiono także, że TK nie wskazał, jakoby materiały uzyskane z prawidłowo zarządzanej i prowadzonej kontroli wymagały następcej legalizacji.

Sąd Najwyższy odwołał się także do postanowienia z 25 marca 2010 r.²³, w którym uznał, że materiały uzyskane w drodze podsłuchu procesowego (art. 237 § 1 k.p.k.), obciążające osoby nie wymienione w postanowieniach o zarządzeniu tych środków, mogą być wykorzystane w sądzie bez konieczności wyrażania następcej zgody. Warunkiem jest prowadzenie kontroli zgodnie z postanowieniem. Konkludując, SN zauważa potrzebę dokonania pogłębionej wykładni uwzględniającej powyższe wątpliwości.

Na wstępie rozważań o możliwych rozstrzygnięciach należy wskazać, że słusznie nie została zakwestionowana teza I postanowienia z 26 kwietnia 2006 r. Nie budzi wątpliwości, że przyjęcie językowej wykładni art. 19 ust. 15 ustawy o Policji prowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji. Spowodowałoby to bowiem faktyczną zbędność katalogu przestępstw określonego w art. 19 ust. 1 tejże ustawy. Zgodzić się należy ze wszystkimi argumentami popierającymi tezę o niemożliwości dowodowego wykorzystania materiałów operacyjnych dotyczących przestępstw nie ujętych w katalogu. Odmienna interpretacja stałaby w sprzeczności z subsydiarnym charakterem kontroli operacyjnej, konstytucyjną zasadą proporcjonalności, a także utrwalonym orzecznictwem ETPC. Z pewnością twardszym orzechem do zgryzienia jest kontrowersyjna teza II.

Podzielić należy poglądy tych autorów, którzy wskazują na prawotwórczy charakter konstrukcji zgody następcej, jaką zaproponował SN w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. Słusznie wskazują Arkadiusz Lach i Bartosz Sitkiewicz, że odpowiedniego stosowania art. 19 ust. 3 ustawy

²² K 32/04, OTK A 2005, nr 11, poz. 132.

²³ I KZP, OSNKW 2010, nr 5, poz. 42.

o Policji nie da się wyprowadzić z przepisów, ani też nie istnieje luka prawna uprawniająca do stosowania go w drodze analogii.

Bardzo trafnie argumentację SN ocenia Dobrosława Szumiło-Kulczycka stwierdzając, że w orzeczeniu tym próbowano pogodzić prawo do prywatności i autonomii informacyjnej z dobrem, jakim jest porządek publiczny. Sąd Najwyższy zdecydował się przechylić nieco szalę w stronę tej drugiej wartości. Zrobił to jednak w sposób karkołomny i, co istotne, niezgodny z zasadami wykładni przyjętymi w państwie demokratycznym. Lech Morawski wskazuje, że niedopuszczalne jest stosowanie analogii w odniesieniu do przepisów ograniczających prawa i wolności, jeśli skutkiem ich zastosowania byłoby rozszerzenie tych ograniczeń²⁴. Szeroko omawiana w glosach i zagadnieniu prawnym nieadekwatność przepisu art. 19 ust. 3 ustawy o Policji do sytuacji, w których miałyby zostać odpowiednio zastosowane, jest już tylko pokłosiem zbyt pochopnego zastosowania analogii. Wszystkie zarzuty postawione omawianej tezie są słuszne, choć w istocie zbędne. Zdecydowanie zatem należy skrytykować tezę II omawianego postanowienia. Powstaje jednak pytanie, jak teraz interpretować art. 19 ust. 15 ustawy o Policji.

Problemem centralnym przy interpretacji powyższych przepisów jest konflikt na linii czynności operacyjno-rozpoznawcze – prawa zasadnicze jednostki. Wkroczenie w sferę prywatności obywateli uzasadnione zapewnianiem bezpieczeństwa publicznego musi spełniać wymogi zasady proporcjonalności. Powyższy przegląd stanowisk wskazuje, iż nie budzi wątpliwości to, że dowodowe wykorzystanie materiałów wskazujących na popełnienie przestępstw nie określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji tę zasadę przełamuje. Pytanie jak daleko od tej granicy chcemy w naszym systemie nakreślić linię demarkacyjną zasady proporcjonalności? Inaczej mówiąc, czy linię taką zakreśla zakres przedmiotowo-podmiotowy określony w postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej?

Uznanie, że możliwe jest wykorzystanie wszystkich materiałów zebranych w drodze kontroli operacyjnej zawierających dowody na popełnienie przestępstw ujętych w katalogu z art. 19 ust. 1 jest moim zdaniem błędne. W tym zakresie w pełni zgadzam się z tezą Kazimierza Grzegorzcyka. Przy obecnym kształcie przepisów możliwe jest dowodowe wykorzystanie materiałów operacyjnych jedynie w zakresie, w jakim są one zgodne z postanowieniem sądu o wyrażeniu zgody na prowadzenie inwigilacji. Tak też stwierdził SN w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. Za taką interpretacją przemawia szereg argumentów.

²⁴ L. M o r a w s k i, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 201.

Powszechnie zaakceptowano tezę I, zgodnie z którą przy interpretacji art. 19 ust. 15 ustawy o Policji należy odejść od wykładni językowej na rzecz systemowej. Dalej SN uznał jednak, że ograniczenie stanowi tu jedynie art. 19 ust. 1, a ust. 7, określający wymogi wniosku o zarządzanie kontroli, już nie. Powodem dla takiej interpretacji miał być fakt, że na etapie wnioskowania informacje o przestępstwie mogą być bardzo ogólne. Za chwilę pada jednak stwierdzenie, że jedynie materiały, co do których wydano zgodę, możliwe są do wykorzystania jako dowody. Jest tak ze względu na cel kontroli operacyjnej i zasadę subsydiarności. Problemem jest to, że właśnie między innymi z art. 19 ust. 7 ustawy o Policji można odczytać doprecyzowanie celu kontroli operacyjnej. Stąd uważam, że art. 19 ust. 15 należy jednak interpretować łącznie ze wspomnianym ustępem.

Wymogami wniosku są wskazanie opisu przestępstwa z podaniem w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej oraz podanie danych osoby lub innych danych, pozwalających na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna. Oznacza to, że wnioskując o zarządzanie kontroli operacyjnej należy podać kwalifikację prawną czynu. Sąd rozpatrujący taki wniosek może bowiem wydać pozytywną decyzję jedynie, jeśli spełnione są przesłanki z art. 19 ust. 1, a więc przestępstwo należy do katalogu. Niemożliwe zatem, aby wydał zgodę w przypadku złożenia wniosku nie zawierającego kwalifikacji²⁵. Kontrolę prowadzi się w celu zapobiegania, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstwa. Konieczna jest zatem wiedza organów na temat tego, o jakim przestępstwie chcą zarządzić kontrolę. Zwrot „w miarę możliwości” odczytywałbym jako dopuszczenie podania kwalifikacji alternatywnych w sytuacji podejrzenia popełnienia przestępstw bardzo do siebie zbliżonych (np. z art. 228 i 230 k.k.). Nie oznaczałoby to jednak, że możliwe byłoby przepisanie we wniosku pełnego katalogu z art. 19 ust. 1. Godziłoby to bowiem w istotę samej instytucji, która nie może być, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie i literaturze, wyrywkowym sprawdzaniem obywateli. Możliwe byłoby zakwestionowanie takiej praktyki przez sądy wydające zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej w oparciu o przesłankę subsydiarności kontroli operacyjnej.

Co do danych osoby, to wskazać należy, że nie muszą to koniecznie być dane personalne. Muszą jednak pozwalać na jednoznaczne określenie osoby. W praktyce organy często na początkowym etapie rozpracowania

²⁵ Inaczej może wyglądać sytuacja np. w przypadku ustawy o ABW, w której katalog przestępstw ma charakter opisowy.

nie znają personaliów tzw. „figurantów”. Orientują się jednak w nawet skomplikowanych strukturach przestępczych, określając takie osoby np. za pomocą ich zwyczajów czy cech zewnętrznych. Sąd rozpatrujący wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej powinien w takiej sytuacji ocenić, czy dane przedstawione przez Policję pozwalają na jednoznaczne zidentyfikowanie osoby.

Nie można zatem, moim zdaniem, pomijać art. 19 ust. 7 w interpretacji ust. 15. Całokształt przepisów o kontroli operacyjnej należy zatem interpretować w ten sposób, że wniosek o zarządzenie kontroli, wydane postanowieniem sądu, a w konsekwencji cała operacja, powinna mieć precyzyjne ramy i być nastawiona na pozyskanie konkretnych danych.

Sąd Najwyższy popadł zatem w niekonsekwencję. Skoro bowiem sam stwierdził, że cel kontroli operacyjnej i zasada subsydiarności mają tak istotne znaczenie, budzi zdziwienie interpretacja pomijająca wskazówki co do tego celu zawarte w art. 19 ust. 7 ustawy o Policji. Nie budzi bowiem aprobaty przytoczony wyżej argument wyłączający ten przepis z orbity zainteresowań w procesie wykładni.

Zatem już nieco bardziej pogłębiona wykładnia systemowa i celowościowa art. 19 ust. 15 ustawy o Policji od tej, którą zaprezentował SN, prowadzi do wniosku, że granicę możliwości wykorzystania dowodowego materiałów operacyjnych stanowi po pierwsze art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, a po drugie treść postanowienia sądu o wydaniu zgody na prowadzenie kontroli.

Na marginesie można zauważyć, że być może SN miał na myśli tezę wyrażaną w piśmiennictwie, zgodnie z którą zbieranie dowodów w postępowaniu karnym uregulowane jest w kodeksie postępowania karnego. Przepisy art. 19 ustawy o Policji są wyjątkiem od tej reguły, a zatem należy je interpretować zawężająco. Brak jednak powołania się na taki argument.

Powyższe współgra z obszernym wywodem TK z przytaczanego już wyroku z 12 grudnia 2005 r. Wskazano tam, iż instrumentarium prawne, umożliwiające wyważenie wartości będących ze sobą w konflikcie, obejmuje regulacje materialnoprawne i proceduralne. Regulacje materialnoprawne określają granice wkroczenia w prawa i wolności jednostki, a zatem przesłanki stosowania kontroli operacyjnej określone w art. 19 ustawy o Policji. Regulacje proceduralne to m.in. przesłanki procedury legalizacyjnej wkroczenia oraz kontrola nad tym wkroczeniem. Określenie w postanowieniu zakresu podmiotowo-przedmiotowego wyznacza sferę legalności, a zakres materiałów możliwych do wykorzystania w procesie jest gwarancją zachowania tych granic.

Można w tym miejscu sformułować dość odległe, lecz adekwatne moim zdaniem porównanie do zasady owoców zatrutego drzewa, znane procesowi anglosaskiemu. Argument prawnoporównawczy, zwłaszcza odwołujący się do systemu anglosaskiego, wymaga bardzo szerokiego omówienia, które przekracza ramy tego artykułu. Niemniej jednak pozwolę sobie nakreślić kilka myśli, które mogą być pomocne w rozwiązaniu przedstawionego zagadnienia. Zasada owoców zatrutego drzewa, dość często w ostatnim czasie przywoływana w różnych polskich opracowaniach, jest najczęściej mylnie przedstawiana. Nie miejsce to i czas jednak na jej szersze omawianie. W największym skrócie należy ją przedstawić jako sankcję nakładaną na organy ścigania działające niezgodnie z zasadami poszukiwania dowodów. Konsekwencją jest znaczne ograniczenie możliwości poszukiwania dowodów. Racjonalizacją tej zasady, która w konkretnych przypadkach może doprowadzić do uniewinnienia osoby oczywiście winnej, jest wymuszenie na organach działania zgodnego z prawem. Nic tak nie mobilizuje śledczych do uczciwego działania, jak możliwość obrócenia w niwecz ich pracy. Wydaje się, że przeprowadzenie podobnego wywodu w oparciu o art. 7 Konstytucji jest w zupełności możliwe.

Uważam zatem, że organy dysponujące możliwością prowadzenia kontroli operacyjnej powinny rozważnie ubiegać się o jej stosowanie i formułować odpowiednio szeroko wnioski. Następnie cała operacja powinna zostać przeprowadzona w sposób zgodny z wydanym postanowieniem. Błąd organów spowoduje, że nie będzie możliwe wykorzystanie w pełni materiału dowodowego zebranego w toku inwigilacji. Oczywiście zakładając, że mamy do czynienia z konfiguracją podobną do tej opisywanej w tezach postanowienia.

Na taką tylko interpretację pozwalają moim zdaniem obecne przepisy. Zgoda następcza, którą proponował uprzednio SN, wydawałaby się najlepszym rozwiązaniem problemu. Byłaby – gdyż przy obecnym brzmieniu przepisów jest niemożliwa do wyprowadzenia.

Ponadto TK podnosił, że materiały znajdujące się w tak zwanym zasobie legalnym, to materiały co do których sąd wyraził zgodę uprzednią lub następczą. Nie można się zatem zgodzić ze stwierdzeniem zawartym w niektórych glosach i postanowieniu o przekazaniu zagadnienia do rozpoznania powiększonemu składowi SN, zgodnie z którym materiały prawidłowo zarządzanej kontroli operacyjnej są w całości legalne jeśli zawierają dowody popełnienia przestępstw „katalogowych”. Przyjęto tu zaskakujące założenie, że materiały takie albo są w całości dopuszczalne dowodowo, albo w całości nie mają takiego przymiotu. Takie rozróżnienie budzi zdziwienie,

skoro powszechnie akceptuje się, że gdyby w materiałach tych znalazły się dowody na popełnienie przestępstwa „pozakatalogowego”, to możliwa byłaby zakresowa ich nielegalność.

Dla przykładu można podać sytuację, w której nagrania z kontroli operacyjnej dotyczą dwóch przestępstw z katalogu z art. 19 ust. 1 – X i Y, a postanowienie o zarządzeniu kontroli operacyjnej dotyczy jedynie przestępstwa X. W takiej sytuacji materiały w zakresie zawierającym dane dotyczące przestępstwa Y zebrane są niezgodnie z ustawą, a zatem są materiałami nielegalnymi. Nie podpadają zatem pod dyspozycję art. 19 ust. 15 i nie mogą być wykorzystane w sądzie. W takiej sytuacji należałoby je w miarę możliwości zniszczyć lub, jeśli spowodowałoby to zniszczenie również materiałów legalnych, odpowiednio zamazać. Obecnie nagrania operacyjne dokonywane są za pomocą cyfrowych rejestratorów. Nie ma zatem żadnego problemu w częściowym ich wykorzystaniu. Taką interpretację przedstawiał zresztą SN już w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r.

* * *

Z pewnością powyższe stanowisko jest bardziej restrykcyjne niż dotychczasowa linia orzecznicza i proponowane zmiany. Wydaje mi się jednak, że takie rozumienie jest bliższe standardom konstytucyjnym. Nie wykracza również poza przyjęte w naszym kręgu kulturowym zasady wykładni.